

《 翻 訳 》

クラウス・ロクシン

「公務員の行為における刑法的違法性概念——一つの時代遅れの構成」

Claus Roxin, Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern——ein überholte Konstruktion, in: Festschr. für Gerd Pfeiffer (1988), S. 45 ff.

川 口 浩 一(訳)

I

ゲルト・プファイファーが公務に就いていた時期に、連邦裁判所の刑事判例は、以前には例を見ないほど学会との対話を深めた。連邦裁判所は、学者の論文上の見解に依拠して、時代遅れになった立場を放棄してきたし(最近のものでは、例えば BGHSt 33, 295; 34, 71を参照)、それだけではなく、文献における見解の批判的な検討を通じて独自の解決を追求してきた(最近の BGHSt 34, 63のように)。けれども、この判例と学会との非常に実りある交流は、刑法のすべての分野において同様に見られるわけではない。いまだなおライヒ裁判所の判例に由来する遺物がすべての反対意見および変更された法律及び憲法状況に反抗している領域がある。一つ例をあげるならば、主観説による正犯と共犯の区別がある。現在の文献における絶対的通説は行為支配説を出発点としており、新しい刑法二五条の文言も明白に実質的・客観的正犯論に基づいているにもかかわらず、シュタインスキー事件以来、即ち二五年来、判例は、原則を説明しようとするあらゆる新しい理論から逸脱してきたのである。同様のものとして、公務員の行為において公務員をより保護するために特殊刑法的な違法性概念が基礎にされるべきであるという、「ライヒ裁判所から」伝承された見解がある。この第二の問題領域に、まず文献批判を行った後、この領域においても判例が生産的な議論に参加することを希望しつつ、以下の考察が捧げられる。

II

定着した判例と文獻においても広く主張されている見解によれば、公務員の侵害においては、特別の刑法的違法性概念が妥当し、その結果公務員は、その行為が例えば公法によれば違法且つ取消可能な場合であっても、場合によっては「刑法上は」適法に行為していることになるのである。

それによると介入の適法性の前提はまず第一に、当該公務員が事物および土地管轄を有するということである。当該種類の介入がおよそその公務員の権限の範囲外である場合は、その公務員は事物管轄を有しない(例えば、検察官が刑事訴訟法一一四条の勾留命令を発令した場合など)。土地管轄は、ラントの公務員については、ともかく当該ラントの境界で終わる(例外として、裁判所構成法一六七条)。その他、「個別事例において行われた職務行為の種類が問題となる。その適法性は、その一つの職務行為について職務区域の範囲に拘束されうる。他のものについては、この拘束は存在しない。なぜならば、それについては土地管轄は職務区域の範囲を越えているからである」(BGHSt 4, 112)。職務区域を越えて可罰的行為の防止のために介入した地方警察官がその例である。一方、例えば鉄道警察は「鉄道領域にのみ警察権限を」持つ。土地および事物管轄に加えられなければならないのは、本質的な方式規定(例えば、刑事訴訟法一一四条の勾留命令は最面でなされなければならない)と必要性及び相当性の原則の遵守である。

これに対して介入権限の事実的前提に関する錯誤があっても、当該公務員が義務適合的な検討をしたにもかかわらず誤った判断に到った場合には、適法性に影響を与えない。他方、介入権限の法的限界に関する錯誤は公務員の行為を刑法的領域においても常に違法にするとされる。現代の解釈論の言い方に直せば、当該違法阻却事由の事実的前提に関する途中まで免責される(halbwegs verziehlich)。錯誤は違法性を阻却するのに対し、禁止の錯誤は公務員の不利益に扱われる。

既にライヒ裁判所はその定着した判例で右のように判決していた。RGSt 30, 349 ff. においてある警察官が「全体的事情に配慮し」「義務違反なく」、他人の住居に侵入する権限を持つと誤信して「実体的には不当な」行為を行った。このことはライヒ裁判所にとつて適法な職務行為を認めるのに十分ではなかった。なぜならば、当該公務員の錯誤が誤った法理解に基づくものであるかどうか、不明であるからである。「そのような事例においては自己の行為態様の適法性の確信は意味を持たなく」(S. 350)。RGSt 38, 373 ff. においては刑事訴訟法一二七条の逮捕の要件が問題となった。それに関して、「この……行為事情が、客観的にも……

存在していたかどうかは、重要ではない……。それが彼(当該公務員)によって……義務適合的な検討を行なった上で存在すると考えられていれば、それで十分なのである」(S. 375)。RGSt 61, 297 ff. は裁判所執行官の差押を、当該執行官が「当該住居が債務者の住居であると誤信したであろう」場合には、場合によっては適法な場合もありうると見做した。即ち、「裁判所執行官が義務違反的落ち度なしに当該住居を債務者の住居と……見做す可能性があり、そして実際にそう見做したかどうか」(S. 299)が重要である⁽¹⁾。

これらの判例を連邦裁判所は途切れることなく継続させた。BGHSt 4, 161 ff. によれば、確かに「違法に行為する公務員に対して、……正当防衛は……それ自体許容される。しかし執行行為の適法性は、主に客観的法に依存するのではなく、通常、当該公務員の介入についての事物及び土地管轄、法定の方式要件……又は……裁量行使の規則適合性に依存するのである」(S. 163 f.)。

BGHSt 21, 334 ff. によれば「秩序維持のために……ビラ配付に対して……駅前広場で取り締まりを行った」鉄道警察官は、「全事情の義務適合的な検討を行い自己の介入が実体的に正当化されると考えた場合には」既に適法に行為している。「秩序が事実的に危殆化されているかどうかは重要ではない」(S. 335, 更に S. 363, 365)。警察官が刑事訴訟法八一条 a の規定に反して医師ではなく医療補助者に採血を行なわせしめた場合、BGHSt 24, 125 ff. (130) によればこの行為の実体法上の適法性は、専らその警察官が「善意で行為したこと、即ち」「被疑者の強制採血の許容性の」「事実的前提を誤認したこと」から帰結する。この誤信が過失のないものであるかどうかは、より詳細には検討されなかった。

公務員の強制介入の適法性についてより少ない要件のみで十分とされている場合もある。介入の事実的前提に関する錯誤において少なくともその「義務適合的な検討」が注意深く且つ厳密になされているということとを、連邦裁判所の判例も示してこなかった。時にはこの検討は形式的なもので肯定される場合もあった。しばしば、当該公務員の重大な過失のみがその行為の適法性を排除すると明示されてきた。誤った法理解に基づく判決の執行も全ての場合において違法になるわけではないとされている。公務員がその上司の命令を受け又は命令権限を持つ官庁の委任により活動する場合、判例によれば、その公務員が善意である限り、当該命令が瑕疵ある法理解に基づき、その公務員が全く検討を行っていない場合であっても、その公務員は適法に行為しているのである⁽³⁾。恣意的で無効な命令の場合については、若干異なることが妥当するとされる。何人かの著者は、自己のイニシアティブで行為する公務員において事実に関する錯誤と法的状況の誤った評価を同じく扱おうとしている。総括すると、公務員のあまり重大でない過ちは、特にそれが事実領域に関する場合には、その行為の適法性並びにそれに伴って国民の受忍義務を変更せしめないという

ことのみが看取できる不明確な像だけが浮かんでくるのである。

III

文献における有力説は、⁽⁵⁾確かに右にあげた「刑法的違法性概念」を批判しているが、それよりも当該市民にとってはより悪い態様で行政法に依拠している。つまり、無効な、即ち「最も重大で明白な欠缺」⁽⁶⁾を持つ高権行為のみが違法とされ、確かに許容されないが、取消せらるるにすぎない公務員の行為は、この説によれば受忍されなければならない。それによつて、公務員は判例による場合よりもずっと特権化されることになる。なぜならば、判例は公務員の行為の適法性について、それが欠如していても直ちに当該命令が無効となるわけではないような要件（管轄、相当性、義務適合的検討等）を設定しているからである。

IV

行政法的及び刑法的根拠からみて、刑法的違法性概念は維持しえない。⁽⁷⁾判例が今もなお前提としている介入権の事実的前提の認定の際の義務適合的裁量は存在しない。むしろこの前提は現実存在しなければならぬ。それが欠ければ、介入権も存在しない。全ての高権的介入に妥当する法律の留保の故に、判例がそのような介入権を特殊な刑法的違法性概念を用いて自ら創出することは禁じられる。例えば債務者ではなく無関係の者にも差押えをすることが裁判所の執行官の義務適合的な裁量の範囲内にあるとか、警察官が、採血が医師によつてなされなければならないか否かの問題について何らかの裁量権を持つとは誰も真面目に主張しないであろう。

公務員についての特殊の刑法的違法性概念は、刑法解釈論の全てのルールとも抵触する。なぜならば、介入の違法性が公務員の過失あるいは重大な過失に依存させられるならば、二つの刑法上の基本カテゴリーが治癒不能な態様で混同されるからである。多くの判決がそれに依拠する公務員の「善意性」も、故意を阻却することはありうるが、不法を法に変えることはありえないのである。

V

しかし公務員の行為の適法性を、取消しうる高権行為が基礎となる場合に常に想定するということは正当ではない。確かに高権行為それ自体は、それが取消されない限り有効であるが、犯罪構成要件の充足による執行は、とりわけ介入を基礎づける事実の存在を前提とする独立の正当化を必要とする。⁽⁸⁾ 行政行為は非常に稀にしか無効とならないが故に公務員はまさにあらゆるありうべき違法な行為を、刑法的制裁又は対象者による正当防衛を恐れることなく、行うことができるのである。正当にも大刑法委員会の諮問において連邦裁判所の部長バルドゥスは、ヴェルツェルの対応する提案に反対している。⁽⁶⁾ 即ち「……私の経験によれば、警察の側にも一定の危険を負担させるべきと考えられよう。警察官が全く危険を負担せずに命令し行為しうるならば、一定の好ましくない実務はますますひどいものとなるであらう。」⁽¹⁰⁾

VI

それゆえ公務員の行為における特別な違法性概念は放棄され、受忍を義務づける介入権は、授權する法規に規定された要件が存在しない場合には常に否定されなければならない。そこから生ずる刑法的な帰結の修正は、*ad hoc* に形成された公務員に対する特別法からではなく、刑法解釈論の一般的妥当性を持つ原則から演繹されうる。即ち刑法においては、過失犯における構成要件（又は少なくとも違法性）は客観的に要請される注意義務違反を前提とするという見解が浸透している（例えば BGHSt 25, 218ff. 参照）。ある公務員が誤りを犯したが、それは客観的に要請される注意義務の全てを果たしたとしても回避不可能であったということを前提とすれば、その行為に行為無価値が欠けているということによって、介入権が与えられることにはなりえない。しかしその公務員の行為は刑法的には違法な攻撃とは評価されず、その結果、対象者は正当防衛権を持たないであろう（詳しくは注⑬の付されている箇所を参照）。このようにして刑法及び公法の指導原則を理論的に基礎づけられていない公務員保護の実践のために犠牲にすることなしに、実務的な必要性に応じることが可能となるのである。解釈論上の混乱生じている刑法一一三条も、いかなる解釈も十分に説明しえない不合理な錯誤規定とは関係なく——一般的違法性概念の基礎づけの下で解釈できる。なぜならばこの規定も「適法」及び「違法」という概念の規範的意義を逸脱した秘伝的な語義を用いてはいないからである。

VII

これに対して「国家は、誤ることを許されるという大きな特権を持つ」⁽¹¹⁾という支配的な見解が、国家秩序のために行為する公務員を後援するという誤った刑事政策上の必要性を理由として繰り返し正当化されてきた。BGHSt 4, 164 においてもなおこの錯誤特権が「それを認めなければ公共の利益にとって禍に満ちた態様で弛緩されてしまうであろう職務遂行における決断力において執行官を援助し、許されない抵抗の危険を抵抗者に負わせる」とされている。しかし、国家優位の時代に由来するそのような定式化は、民主主義国家においては、国家は国民の自由を保障し、公務員に厳格な法律の遵守を動機づける努力を少なからずなすべきではないという洞察を通じての相対化を必要とする。行政の誤った介入に対しては（抵抗によってではなく）許容された法的手段によって対処することが国民に期待されているという繰り返し主張されてきた思想は、許容されない執行によって惹起された法益侵害（自由剝奪、傷害等）が事後的にはもはや回復されないような場合には、誤りである。確かに良心的な公務員も誤りを犯すことがあるし、その場合には保護が必要である。しかしこの保護は必要性の枠内で、違法性の一般的な概念を前提としても保障しうる。公務員が展望不可能な状況进行处理し、予測に基づいて行動し、あるいは早急に措置を執らなければならない場合には、介入構成要件自体が既に、有効な行政行為の必要性を考慮した規定を取り入れている。それは、嫌疑構成要件、危険構成要件及び仮の執行に関する規定である。古典的な嫌疑構成要件の例としてあげられるのは、刑事訴訟法一一二条、一二七条である。⁽¹²⁾緊急の行為嫌疑が存在している場合には、逮捕又は刑事訴訟法一二七条二項による仮逮捕を、国民は実際には無罪であっても、受忍しなければならない。特に警察法の分野に見られる「危険」及び「外見危険」の基準は、現実の展開によっては否定されることもありうる事前判断に基づいて介入権を保護するものである。さらに「嫌疑」ならびに「危険」の概念は、公務員に裁量を保障するものではないが、一定の判断の余地を認めるものであり、それは公務員の「決断力」の「弛緩」を防止する。そして仮の執行の制度（ここではとりあえず民事訴訟法七〇八条以下のみを参照）は、ある介入が後に不当であったということが判明した場合であっても一旦は認容されなければならないということを前提としている。不明確な状況にもかかわらず行為がなされなければならない最も重要な事例についても行政の錯誤の危険を緩和し、特別の違法性概念を不要とする規定が設けられているのである。

なお問題となるのは特に、裁判所の執行官が誤った住居に侵入した場合（RGSt 61, 297）、採血を誤って医師でない者に任せた場合（BGHSt 24, 125）、人違いのため勾留命令が出された人以外の者を逮捕した場合である。そのような事例において公務員が要

請された注意義務の全てを尽したにもかかわらず錯誤に陥った場合には、その公務員はいづれにせよ故意及び過失がないが故に不可罰である。その対象者も正当防衛権を持たない。なぜならば客観的に社会生活上必要な注意義務に対応した行為には行為無価値が見られず、刑法的な観点の下では違法ではないからである。確かに客観的に回避不可能な錯誤があったとしても公務員に介入権が認められるわけではないから、その対象となった国民には刑法三四条による防衛的緊急避難を行う余地がある。しかしそこで必要となる利益衡量においては注意義務に適合して行為する公務員の要保護性が優先的観点となる。そこから当然、錯誤の被害者はその公務員を殺害乃至傷害することは許されず、まず公務員に説明をしなければならず、せいぜい抑制的な防衛的抵抗が許されるにすぎないということが導き出される。そのような合理的利益衡量は、行政側に有利に操作された違法性概念を用いずに、判例の解決に近い結論をとることを可能にしている。

国民の正当防衛権は、当該公務員にその介入権の事実的前提の誤認について過失があった場合に認められる。そのような事例においては判例も正当防衛を認める傾向がある（重大な過失を要求せず、公務員の免責化される主観的誤りを刑法的に「適法」と見做さない場合ではあるが）。しかし対象者の正当防衛権からも「公共の利益」に対する「禍に満ちた」不利益は生じない。なぜならば公務員には犯罪の故意が欠けているが故に、その正当防衛権は社会倫理的に制限された形でのみ認められるからである。即ちまず第一に防衛行為を行うためには、その誤った行政行為の対象となった国民が当該公務員にその錯誤に関してまず教示することが「必要」となる。このことがなされた場合には、当該公務員が反問することによって真実の事態を確認するのが法治国家的にみて相当なことである。これは多くの事例においては直ちに可能である（例えば裁判所の執行官が正しい住居にいるかどうかあるいは採血を行う者が本当に医師であるかどうかに疑いがある場合）。逮捕されようとしている者が勾留命令に掲げられている人との同一性に異議を唱えたが、十分それを証明しえなかった場合には、制限された正当防衛権の基礎においても、一旦当該公務員に従い、自己の同一性確認を可能にすることが期待される。このような種類の折衷的解決は話し合いなしに手出しをする権利乃至熟慮なく抵抗する権利を認めるよりもずっと公共の福祉に役立つものである。

VIII

公務員の行為における「刑法的」違法性概念の任務は、カオスへと導くことでも、行政官の不合理な不安定化でもないであらう。その任務は法治国家的に疑わしい一面的・国家優位的特権化の外観を一掃し、公務員の利益と対象となる国民の利益を平等・適正

